Servidor de V. M. q. su
alcalde

130

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA SEVILLA

POR

IVLIANA GARCIA

VEZINA DE LA VILLA DE BELMONTE, HEREDERA vniuersal con beneficio de inventario de Fray Antonio Truchado, Religioso lego del Orden de señor San Francisco.

(*) EN EL PLEYTO (*)

CON PABLO PINAR DE Leon escriuano publico del Ayuntamiento de la dicha villa, como padre, y legitimo admistrador de doña Ana, y doña Geronima de Piuar, y Leon sus hijas.

En Granada. En la Imprenta Real. Por Baltasar de Bolibar, y Francisco Sanchez, a la entrada de la calle de Elvira, en la Callejuela del Correo Viejo.

Año de 1651.

QVESTE pleyto es sobre qual delos dos testamẽtos que otorgò el dicho Fr. Antonio Truchado antes de professar en la dicha Religion, se deua declarar por valido, porque el dicho Pablo de Piñar pretende, que el que lo deue ser es el primero q̃ otorgò en la dicha villa de Belmonte en nueue de Enero del año passado de 1649. en que dexó por herederas a las dichas sus hijas, por tener clausula derogatoria de otra posterior disposicion, y auer declarado en el ser su voluntad que no se reuocasse por otro ninguno, en que no se hiziesse menciõ del Padre Nuestro, Aue Maria, Credo, y Salve Regina.

2 ¶ Y la dicha Iuliada Garcia, que el cierto y verdadero, y que tiene firmeza, y validacion de derecho, es el segundo y vltimo que en primero de Febrero del año siguiente de 1650. vn año despues otorgò en la ciudad de Origüela teniendo el Abito de la dicha Religion, en que manifestò su voluntad, reuocando expressamente el primero, y declarando que solo aquel segundo queria q̃ valiesse, vt apparet ex verbis prædicti secundi testamenti, ibi:

CLAVSVLA DEL SEGVNDO testamento.

3 ¶ *Y reuoco, caso, y anulo, y doy por ningunos todos otros, y qualesquiera testamentos, codicilos, y mandas q̃ antes deste aya hecho, y otorgado, por palabra, ó por escrito, ó en otra qualquier manera, para que no valgan en juyzio, ni fuera del; y en particular vn testamento que dexé cerrado en poder de Gaspar de Baños, escriuano publico de la dicha villa de Belmonte, saluo este que yo agora hago, y ordeno, el qual quiero,*

quiero, y mando, y es mi voluntad que valga por mi testamento, ò por codicilo, ò por escritura publica, ò por aquella via y forma, y manera que de derecho puede y deue valer, porque esta es mi postrimera, y vltima voluntad.

4 ¶ Et vt clarius, & euidentius appareat de validitate huius vltimi testamenti, se diuidirá aqueste papel en quatro fundamentos, en que euidentemente se hará demonstracion de la justicia de la dicha Iuliana Garcia, y en ellos se referirá lo que conuiniere del hecho por escusar la prolixidad, y mayor breuedad de aqueste discurso.

5 ¶ En el primero, que la dicha clausula derogatoria, que parece estar puesta en el primer testamento en el caso presente, no puedo obrar efecto alguno por ser nula, por estar puesta en testamento de menor, y auerse escrito sin tener noticia della el testador.

6 ¶ En el segundo, que quando tuuiesse alguna validacion está reuocada por el segundo testamento, aunque en el no se aya hecho especial mencion de la dicha clausula, y q̃ para ello es bastante la reuocaciõ general del primer testamẽto.

En el tercero, que quando no bastasse la reuocacion general, y fuera necessaria especial mencion y reuocacion de la dicha clausula, la ay en el dicho segundo testamento.

7 ¶ Y en el quarto y vltimo, que quando las palabras del segundo testamento no fueran tan claras, para que por ellas estuuiesse derogada especialmente la dicha clausula, por la declaraciõ vltima del dicho Fr. Antonio Truchado, y por las muchas y grandes conjecturas que assisten al segũdo testamento, y que manifiestan la voluntad que tuuo de reuocar el primero, se deuiera, y deue tener por reuocada.

PVNTO PRIMERO.

8 ¶ Conclusion sin duda, ni controuersia alguna es en derecho, que para que la clausula dero-

derogatoria puesta en el primer testamento, pueda tener efecto alguno, lo ha de estar de ciencia, y voluntad del testador, porque de otra suerte, serà de ningun momento, y no serà necessario que de ella se haga mencion, ni derogacion individua, ni especial en el segundo testamento, si no bastara la general, vt probatur ex text. in dict. l. si quis in princip. ff. delegat. 3. ibi: *Sciens, & concludunt* Barbos. in celebri cons. 72. lib. 3. & in cap. cum esses de testament. Guillerm. Bened. in cap. Reinutius, verbo, *Testamentum il secundo*, num. 16. de testam. Salicet. in l. sancimus, num. 6. in fin. C. eodem, Alex. cons. 234. num. 3. vers. *Et pro hoc facit*, vol. 1. Parisio cons. 10. num. 10. & 11. vol. 3. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 166. num. 32. D. Couarr. in Rubrica de testam. 2. part. numer. 19. vers. 3. Cardin. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 12. tit. 8. nu. 15. & Hieron. Gabriel cons. 114. num. 7. lib. 2.

9 ¶ Y assi si siempre que pudiere constar, ò verosimilmente presumirse no auerse puesto la dicha clausula por el testador, ni de su voluntad no se deue atender, quia actus nihil possunt operari vltra intentionem agentis, l. non omnis, ff. si cert. petat. l. in agris, ff. de acq. ter. Dom. Anton. Gomez tom. 1. vari. c. 7. n. 4. Gratian. tomo 5. discept. forens. c. 948. n. 38. & in terminis probant præcitati DD. & precipuè, Dom. Couar. dict. 2. part. num. 19. vers. 13. ibi: *Si quo casu probari, aut præsumi possit derogationem specialem primo testamento adiectam fuisse præter consensum testatoris, id testamentum per se eundem omnino reuocatum censebitur, etiam si in eo non fiat specialis prioris derogatoriæ orationis, & clausulæ*, Parisio dict. cons. 10. num. 10. & 11. Cardin. Mantic. dict. lib. 12. tit. 8. num. 15. ibi: *Ex his autem deducitur primo, quod si clausula derogatoria verisimiliter non fuit apposita ex certa scientia ipsius testatoris, sed ex stillo, & capite tabellionis, tunc ad eius reuocationem non requiritur mentio specialis, sed sufficit generalis non obstante alia testamenta, non enim clausula derogatoria alicuius est momenti, nisi, scilicet*

te

se testatore fuerit inscripta, y citã otros muchos autores por aquesta opinion, demas de los referidos en el numero antecedente, para que baste el que solo se presuma, ò verisimilmente se entienda no auer sido la dicha clausula puesta por el testador, vt nullũ operetur effectum.

10 ¶ Y no solo es bastante el que se ponga con ciencia del testador, sino que tambien se requiere el que sea persona de letras, y que entienda su calidad y efectos, Barbos. dict. conf. 47 num. 18. ibi: *Et ita dico, quod clausula derogatoria voluntatis nunquam effectum operatur, nisi à habente scientiam de viribus dictæ clausulæ apponatur*, & eruditè admodum Paris. d. conf. 10. n. 11. vol 3. vbi alios.

11 ¶ De que claramẽte se infiere, que la clausula derogatoria que parece estar escrita en el primer testamento del dicho fray Antonio Truchado no se puso, ni verosimilmente se puede entẽder que se pusiesse por el, por ser menor, ignorante de negocios, y que ni aun sabia leer ni escriuir, y assi no se puede presumir que alcançasse semejante cautela; quia in minore muliere, & rustico semper præsumitur simplicitas & ignorantia, vt probatur ex text. in l. 1. ff. de minoribus, ibi: *Nam cum inter omnes constet fragile esse & infirmum huius ætatis consilium.* D. D. Ioan del Castillo lib. 3. controuers. cap. 2. à nu. 32. & in proprijs terminis referiendo a Barbos. Parisio, y el señor Presidente Couarruv. lo refuelue indistintamente los Addicionadores de Iulio Claro quæst. 99. ibi: *Derogatoria in testamento mulieris, rustici, minoris nullius est momenti, ideoque sufficit in secundo renunciatio generalis.*

12 ¶ Y todos lo refuelue por la ignorancia, y poca capacidad que en semejantes personas se presume, y ser la dicha clausula muy insolita, y poco acostumbrada, y auerlo sido tanto en la dicha villa, que como està alegado, en toda aquella tierra no auia quien tuuiesse noticia della, que esto solo bastara, vt ex dolo præsumeretur apposita, sicuti notatur in cap. quam grani de crim. falsi. Menoch. de

præsumpt. to. 5. præsumpt. 3. num. 103. Farinac. de falsit. quæst. 89. num. 125. & cũ multis probat Hermos. in l. 57. tit. 5. par. 5 glos. 13. n. 10.

13 ¶ Vel ad minus vt intelligeretur supposita per hæredem, aut ex eius mandato, seu ex capite tabellionis scripta, & non ex voluntate disponentis, como en los mismos terminos lo concluyen y resueluen con muchos y grandes fundamentos de derecho, Barbos. in cap. cũ esses, de testam. colum. fin. vers. *Si in contingente facti ocurrerit*, vbi ait ita cõ suluisse, & in cons. 72. num. volum. 3. ibi: *Cum ergò in proposito sit clausula insolita cum rusticus, & litteris ignarus, illud ignorare videtur necessario dicendum, quod fuerit appositum ad illa queandum, & ligandum illum ruidem, & grossum hominem, & ad eum priuandi potestate condendi vltimam voluntatem, quam Deus, & sancti Patres omnino seruare volunt, vt dicit text. in dict. cap. vltima voluntas, & clarissimè apparet de dolo, & fraud. hered.* & idem in cons. 47. num. 17. ibi: *Præsumitur quæ de mente notarij tantum posita sit testator sit rusticus, litterarũ ignarus, mulier, vel homo, vt dicitur vulgo, grossolano.*

14 ¶ Et notanter ex Bald. & alijs, Paul. Paris. dict cons. 10. num 11. volum. 3. ibi: *Et verosimilitudo quod fuit apposita ex cap. notarij, satis colligitur si testator erat ignarus, & à persona idiota, & latini sermonis nescius, & in eius testamento reperitur, scriptũ velle nullam aliud testamentum, quod facere et valere, nisi in illo secundo describeretur totum credo. Non enim est verosimile, quod iste ignarus talem clausulam apposuerit ex capite suo.* Et inferius num. 12. ibi: *Quando igitur fortius in casu præsenti, vbi notarius ap. osuit clausulas, nec dum ser. Bartolo testatori ignaro, & idiotæ, & Latini sermonis nescio ignotas, sed incognitas, etiam viro literato, & peritas insolitas, & appositio clausularum insolitarum magnam argait, & inducit suspitionem, & argumentum, quod non fuerint à testatore, scienter appositæ, sed potius ex proprio capite ipsius notarij.*

15 ¶ Simon de Pręt. de interpret. vltim. volunt. lib. 4. dub. 2. num. 61. ibi: *Vnde cum tales clausulæ apponi debeant in testamentis de scientia testatoris, et per-*

persona testantium idiotæ, & ignaræ Latini sermonis, & dixerint orationem dominicam, verisimiliter nescierint qualitatem, & vigorem dictarum clausularum, dicendum est eas fuisse appositas, ideò eas non operari. Ex capite Notarij

16 ¶ Et alios referès Cardinal. Mantic. de coniect. vltimar. volunt lib. 12. tit. 8. num. 15. per totum, & præcipuè ad medium, ibi: *Verisimile esse, quod fuerit clausula derogatoria scripta, ex capite notarij, si testator ipse erat ignarus literarum, & nescius Latini sermonis, & de vulgo dicitur persona idiota, & in eius testamentum scriptum fuerit, nolle eum valere aliud testamentum, quod posteà faceret, nisi in eo scriberetur totum credo,* & ex multis idem concludit Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 166. num 32. vers. *Declaratur*, en donde despues de auer citado muchos, sic concludit, ibi: *Præsumi clausulam derogatoriã fuisse appositam ex stilo, & consuetudine notarij, non autem voluntate ipsius testatoris, si est testator ipse idiota, & literarũ ignarus.*

16 ¶ Et loquens in priuilegijs, cuya reuocacion es mucho mas dificil, vt in puncto sequenti dicemus, sic decisum affirmat Ant. Fab. in suo Codic. lib. 1. tit. 12. de rescript. diffinit. 14. ibi: *Clausulæ derogatoriæ, cæteræque præcautiones in gratijs, & literis Summi Pontificis, aut alterius Principis, quo magis insolitæ, & plures appositæ sunt, eo minus operantur, quia faciunt, vt tanto minus præsumatur voluntas concedentis, tantoque facilius probetur subreptio, ex qua subreptione inducitur, nullitas gratiæ, & literarum quasi ex defectu voluntatis in prouidente, ita Senatus pro Guillelmo Bacod contra Claudium Philip. IV. non. Iun. 1595.*

17 ¶ Que todos son lugares bien indiuiduales para este pleyto, y que no parece se pueden ajustar tanto a otro ningun caso como al presente, en donde se halla, que el testador que se pretende puso la dicha clausula, es vn menor tan ignorante, que no sabir leer ni escriuir, y que la disposicio es hecha en fauor de vna persona tan sagaz y entendida como el dicho Pablo Pinar su tutor y curador, como está prouado que lo fue el susodicho del dicho fray Antonio,

tonio, de que tambien se arguye el dolo y fraude q̃ interuēdria en todo, vt ex Cravet. Bald. Menoch. Farinac. & alijs, tenet Hermosilla in l. 57. tit. 5. p. 5. glos. 3. num. 15. ibi: *Vndecimo probatur dolus ex personarum qualitate, velati quando multum sagax, contraxit cū pupillo, minore, muliere, vel simili persona, quorum fragile est consilium.*

18 ¶ Y assi no parece dudable, que el dicho Pablo Pinar escriuiesse el dicho primer testamento, como està dicho y alegado, y se tiene por constante, por ser escriuano, y no auerse dicho, ni prouado que otro ninguno lo hiziesse, y hazerse en el relacion de casas tan particulares y antiguas, con que paliar la dicha disposicion de que otro ningun escriuano, ni el dicho fray Antonio parece podrian tener noticia: conque auiendo con el poder, y mano de tutor tenidole para induzir y obligar al susodicho a que otorgasse y hiziesse el dicho testamēto tan en su fauor, en que es muy verosimil padeceria muy grande sugestion, y que obraria mucho la sujecion y opresiō en que el dicho Pablo de Pinar le tēdria como a su menor, cuius Dominus iudicatur tutor, ex text. in Authent. vt his qui obligat se habere prohibent. res minor. in princip. colat. 6. ibi: *Dominus eius existens*, & mille congestis tenet Gutierr. de tutel. lib. 1. cap. 1. num. 15. ibi: *Tutores, & curatores dicuntur Domini minorum, & rerum eorum*, & cōprobatur etiam ex §. 1. Instit. de tutelis, ibi: *Est autem tutore, vt Seruius definiuit vis atque potestas in capite libero ad tuendum eum, qui se per etatem defendere nequit.* Et §. 2. ibi: *Tutores autem sunt, qui eam vim, ac potestatē habent*: no parece que se puede entender que le faltaria el dicho poder, para escriuir, y disponer a su modo el tastamento, auiendole tenido para lo mas, como era el conseguir que le dexasse su hazienda.

19 ¶ O por lo menos no parece negable, que quando el susodicho no lo escriuiesse, seria por cuyo consejo y parecer se hizo y puso la dicha clausula, por la introduccion y amistad que cō otro qual quiera escriuano tendria, ad ea quæque singulariter

dixit

dixit Simon de Pretis de interpret. vltim. voluntat. d.lib.4.dub.2.num.60. vers. *Ac frequentius*, ibi: *Ac frequentius vidi, clausulas tales derogatorias, appositas esse testamentis mulierculorum, & similium simpliciu, & idiotarum personarum, potius requisitione, voluntate, prece, nõ dicam pretio hæredum instituto rum, sumopere affectantium, testamenta ipsa in eorum gratia condita non mutari, ac potius inuentione, & sagacitate notariorum, non curantium quandoque in discrimine ponere conscientiam pro amico, quamquod testatores ipsi sciant aliquid de clausulis derogatorijs, neque de eorum verbis ab eis verisimiliter ignotis.*

20 ¶ Que son bien notables palabras para el caso presente, por la amistad y mano que el dicho Pablo de Pinar tendria con qualquier escriuano de la dicha villa, para pedirle aun mas de lo que fuesse licito y permitido, por ser compañeros, y de vn mismo exercicio, vt suo more ait, etiam in habẽtibus superiorem dignitatem, Carleval de iudicijs lib.1.tit.1.disput.2.sect.6.& 7.nu.644. ad mediũ, ibi: *Tum, vel maximè quoniam Senatores iudicarũt de priuilegio socij, in quo iudicio valde suspecti sunt, iusta, elegantèr & eruditè congesta à Gerardo Mainardo decis. 82. lib.1. non solum (prob dolor) à socijs, plus possint, velim, & soleant impetrare, quam æquum est, sed etiam quod agatur communis causa.*

21 ¶ Conque assistiendole a esta parte, para excluyr la clausula derogatoria del primer testamento, tantas verosimilitudes, y tan vehemẽtes presunciones, que es lo que solo deuen mirar los señores Iuezes, mientras no constare plenissimamente de lo contrario, quia verosimile sapit naturá veritatis & naturæ, Bald. cons.180.num.3. D. Valençuela Velazq. cons.102.num.29.& cons.121.num. 217.& in decidendis habetur pro lege, ex traditis à Mantic. de coniect. lib.3.tit.9.num.3. Gratian. cap.878.num.6. latè Dom. Castill. lib.5. cap.65. per totum.

22 ¶ Et in proposito notanter aduertit Parisio dict. cons.10.num.15. *Et verè in sensum recti*

iudicis, & viri boni, nihil nimis cadere potest: quod dict. ser. Bartol. ignarus, & ser monis Latini penitus, nescius ex sua certa scientia, voluerit tales clausulas sibi verosimiliter ignotas, insolitas, & intricatas apponere, & per illas prinare, se quodammodo facultate testandi, & disponendi suo arbitrio.

23 ¶ No se deue tener por cierta, ni escrita de volũtad de fray Antonio, y para que quedasse reuocada, y sin ningun efecto, no fue necessario el que se hiziesse expressa mencion della en el vltimo testamento, sino basta la general reuocacion de otro qualquiera, vt in terminis clarissimis, & apertissimis verbis concludunt omnes DD. supra citati à n. 13. vsque ad 16.

24 ¶ Sin que sea de fundamento lo que se opuso a la vista del pleyto, videlicet, auerse podido aconsejar, y informar el dicho fray Antonio cõ algun Abogado para auer de poner la dicha clausula, porque no ay testigo alguno que deponga de ello como a ser cierto, y se huuieran examinado las personas con quien la huuiera conferido, supuesto q̃ por si solo no es possible el que la supiesse, ni alcançasse, ni que aya persona que pueda persuadirse a lo contrario, por resistirle tan grandes fundamẽtos de derecho, para cuya exclusion no es, ni puede ser bastante sola la dicha possibilidad: quia magis verosimilitudo quã possibilitas attenditur in iure, vt tradit Baldus in l. scripturę in fin. C. de fide instrum. & in l. 3. col. 3. C. de seruis fugit. Abb. in c. quia verosimile de præsent. not. ab. vltim.

25 ¶ Y fuera necessario que tuuiera vna prouança muy concluyente con testigos mayores de toda excepcion para poder hazer contrapeso a tan vrgentes presunciones, vt probatua ex text. in l. non est verosimile, ff. de eo quod metus causa, ibi: *Et huic præsumptioni apertissimas probationes opponere debuit*, l. si tutor. C. de pericul. tut. ibi: *Id quæ sit liquidissimis probationibus ostenderit*, & cum alijs Pet. Surdus cons. 173. num. 33. & in decis. 75. num. 21. ibi: *Tum quia præsumptio transfert onus probandi in aduersarium.*

rium. Et ibi: *Et adversarium grauat duriori probatione.* Y assi aunque regularmente en qualquier caso bastan dos testigos para hazer plena prouança al que le resiste la presuncion de derecho por lo menos necesite de tres, vt Ioann. Garcia de nobilitat. glos. 28 num. 38. & alijs, tradit. Sese decis. 2. n. 10.

26 ¶ Luego no teniendo el dicho Pablo de Pinar ninguna prouança de que el dicho fray Antonio Truchado se huuiesse informado de los efectos de la dicha clausula, ni de que se huuiesse puesto y escrito de voluntad y ciencia suya, sino antes tantas presunciones y euidencias de lo contrario, no parece que de ninguna suerte se deue atender a ella.

PVNTO SEGVNDO.

27 ¶ No parece tan cierto y sin duda como se pretendiò fundar a la vista deste pleyto, que a quiẽ le assiste la regla para auerse de determinar en su fauor, es a el dicho Pablo de Pinar, por no tener el vltimo testamento indiuidua y especial reuocacion de la clausula derogatoria que se otorgò en fauor de sus hijas, vt probari videtur in l. si quis in princip. 22. ff. de legat. 3. & in l. 22. tit. 1. p. 6. cum alijs, quos in proposito cumulat Hieronym. Gonç. in reg. 8. Cancell. glos. 36. à num. 3. & sequent.

28 ¶ Porque a quien assiste regularmente la regla es a la dicha Iuliana Garcia, por fundarse en el segundo y vltimo testamento, sin defecto, ni vicio, ni falta de solemnidad alguna, por el qual aun quando huuiera hecho otros muchos el dicho fray Antonio Truchado quedará todos reuocados; quia voluntas testatoris est de ambulatoria vsque ad mortẽ, §. posteriori, Inst. quib. mod. testam. infirm. l. 4. ff. de adim. leg. l. si mihi & tibi, §. in legatis, ff. de legat. 1. l si quis eum quem, §. fin. ff. de vulgar. l. sancimus, C. de testam. & passim alij quam plurimi, & vt indubitatum concludunt communiter omnes.

29 ¶ Y assi los que se hallan con el vltimo

mo testamento, dicuntur habere suam intentionem fundatam, Decius cons. 475. nu. 3. Petr. Surd. cōs. 414. num. 22. & eleganter Mario Muta decis. 41. à num. 6.

30 ¶ Y por el quedan todos los anteriores reuocados, y sin ninguna subsistencia, aunque no se hallen especialmente reuocados, ni con la clausula ordinaria, per quam cassantur, & irritantur anteriores, vt probatur ex text. in l. 2. ff. de iniust. rupt. & optimè ex multis iuribus & Doctoribus concludunt Roland. à Vall. cons. 33. num. 20. ibi: *Et condito vltimo præcedentia reuocata censentur, tsto quod de prioribus nihil sit dictum* Et num. 22. *Et etiamsi non apponatur in dicto testamento clausula, quæ communiter solet apponi cassans, & irritans omne aliud testamentum.* Mario Muta d. decis. 41. nu. 5. & 6. & in proposito loquens in testamento Iubenis, Acacio, Ripol. var. cap. 13. de testam. n. 745.

31 ¶ Sin que para lo contrario pueda bastar qualesquiera clausulas, ò juramentos que en los primeros testamentos se hallaren; quia nemo sibi cæ legem dicere, aut imponere potest, vt à priori testamento recedere non possit, l. quod autem, §. penult. ff de donat. Inst. de vic. & vxor. & probatur ex presse ex l. 25. tit. 1. p. 6. ibi: *Ningun home puede hazer testamento tan firme, que no le pueda despues mudar quãdo quisiere hasta el dia que muera.* Et cũ Bart. Bald. Panormit Salicet. Nat. Guillerm. Benedict. Dom. Couarruv. Menoch. Surd. & alijs, resolvit eruditè Mar. Muta dict. resolut. decis. 41. dict. num. 6. per totum.

32 ¶ Y assi en consideracion de lo susodicho resuelven muchos Doctores, que no se puede de ninguna forma dar cautela alguna por donde en testamento quede irrevocable, vt præter alios firmant Bald. in cons. 226. lib. 1. & cons. 38. lib. 5. Card. Tusch concl. 152. per totam, tom. 8. & ex Socin. Iun. Tusch. & alijs id adeo procedere ait Mario Muta vbi proximè, que aunque el testador huviesse muerto, si despues resucitara pudiera hazer

zer otro testamento, reuocando el conque antecedentemente auia muerto.

33 ¶ De que se sigue, que siendo el vltimo testamento que hizo antes de su profesiõ en la Religion del señor san Francisco el dicho fray Antonio Truchado el que otorgò en fauor de la dicha Iuliana Garcia, a el solo se deue estar, quia testamentum ingredientis in Religione incapaci bonorum, in communi habet statim suum effectum, post emissam professionem, Honded. conf. 62. num. 32. Sese decis. 43. num. 15. & 16. Ripol. variar. dict. cap. 13. num. 440. & post alios multos Dom. D. Ioann. del Castillo lib. 3. controuersiarum, cap. 12. à num. 30. & seqq.

34 ¶ Et his minimè obstant text. in l. si quis in princ. 22. ff. de legat. 3. ni la ley 21. d. tit. 1. p. 6. que es la que parece excluye mas lo que queda fundado, por hablar en testamentos, y requerir, que en el segundo se haga mencion de la clausula derogatoria, ad minus generaliter, ibi: *Que reuocaua el otro, è que no tuuiesse daño aquel testamento que aora hazia las palabras que dixera en el primero.*

35 ¶ Porque la ley si quis in principio no habla en caso de concurrir dos testamentos, y que el primero tenga clausula derogatoria, sino quando en vn mismo testamento, ò codicilos se dexaron diferentes legados, ni en caso de que la herencia se dè, ò quite por la dicha clausula, vt ex verbis ipsius patet, ibi: *Si quis in principio testamenti adscripserit cuibis legata vero, si mel habere volo, postea eodem testamento, vel codicillis eidem legauerit.* Y es muy grande la diferencia que ay en el vno y otro caso, porque los legados etiam sine nouo testamento, & ex sola nuda voluntate adimi possunt, ex l. 3. §. vltimo, & l. sequenti, ff. de adim. leg. sed testamenta sicuti nuda voluntate non constituuntur, quia in eis requiritur, quod interuenit solemnitas legis, ita neque nuda voluntate tolluntur, §. ex eo, Inst. quib. mod. test. infirm. y por los codicilos etiam neque dari, neque adimi hæreditas potest, l. hæreditatem, & l. si idem,

C. de codicill. l. penult. in fin. ff. de condit. instit. §. Codicillis, Inst. de Codicill. y lo que en ellos se dispone es lo mismo que si lo estuuiera en el testamento antecedente, quia ipsius pars reputatur, l. 2. §. Codicillorum, vbi Barr. ff. de iure Codic. l. in bello, §. in codicillis, ff. de captiuis, & post lim. reuer. & bene Pet. Surd. cons. 230. à n. 4. & sequent.

36 ¶ Conque muy aduertidamente el Iurisconsulto in dict. l. si quis in principio, hablādo de la clausula derogatoria, no puso el exemplo en dos testamētos, sino en vno solo, y en codicilos que son sequela y parte de el, porque si hablara en testamentos, parece que dispusiera lo contrario, y que se deuiera estar a el vltimo, ex iuribus supra allegatis, y assi no se ha de hazer argumento de vn caso a otro, quia à diuersis non fit illatio, l. vltim. in fin. ff. de calumniat. l. inter stipulātem, §. sacra, ff. de verb. obligat. ibi: *Sed hæc dissimilia sunt.* Grat. disceptat. forens. cap. 516. n. 6. & 524. n. 58. tom. 3. Surd. cons. 150. n. 94.

37 ¶ Et ita intelligūt prædictam legem, & plurimis, ac magnis fundamentis illustrant Ant. Fab. de error. pracmat. decad. 37. error. 7. per totum, en donde con grandissima elegancia responde y satisfaze a todo lo que en contrario se puede oponer, diziendo, que no ay ley en contrario en todo el derecho que disponga, que por el primero testamēto cō clausula derogatoria quede reuocado el vltimo, y que no tiene ningun fundamento juridico en que se pueda fundar la contraria opinion, vt ex verbis ipsius apparet, ibi: *Ego verò illud primum miror tā absurdam sententiam, & à notissimis iuris principijs alienam à tot interpretibus, sine vllo iuris loco probari potuisse: nam cum in libris nostris, tot sint exempla plurium testamentorum ab eadem persona conditorum, vnusquam tamen videas, aut à prudentibus, aut ab imperatoribus factam esse, vspiam mentionem clausulæ derogatoriæ in priori testamento appositæ ad posterius impediendum, sed passim, & generaliter traditum posteriore testamento rumpi, prius, & cō sequenter euerti omnia, quæ in priore cōtinebātur, ac proin*

de

de ipſam quoque clauſulam derogatoriam, ſiquæ erat, dum modo poſterius fuerit iure perfectum, l. 1. & 2. ff. de iniuſt. rupt. l. ſi quis priore 29. ff. ad Senat. Conſult. Trebel. §. poſteriore, Inſt. quib. mod. teſt. infirm. & aliis in numeris locis. Nimia ergò audacia iſta eſt, tot iuris locos per hanc exceptionem reſtringere, quæ nulli vnquam Iuriſconſultorũ, aut Imperatorum in mentem venerit, ſi non ſit oppoſita clauſula derogatoria in priore teſtamento, aut certè imprudentes valde fuerunt Iuriſconſulti noſtri, quos tam prudentes ſolemus dicere, qui de tam mirabili clauſula, cuius tam frequens hodie in teſtamentis vſus eſt, nihil vnquam ſcripſerint, aut cogitauerint. Y proſigue por todo el error y el ſiguiente, trayendo muy grandes cõſideraciones en comprouacion deſta reſolucion.

38 ¶ Et idem non minus erudite reſolvit Iacob. Cuiac. lib. 4. obſerv. cap. 7. per totum, afirmando ſer ſin fundamento alguno el requerir eſpecial derogaciõ de la dicha clauſula en el vltimo teſtamento, y q̃ las palabras del texto in dict. l. ſi quis iũ principio, aunque hablan en diferẽte caſo, ſe añadieron a el texto por Iuſtiniano, ò Triboniano, por ſer amigo de buſcar eſpecialidades, donde no ſe requieren, ni es neceſſario, ocaſionando con ello innumerables pleytos, vt ex verbis ipſius conſtat, ibi: *Parit hodiè hæc clauſulæ derogatoriæ, neceſſitas lites innumeras, ac, vt libere dicat, quod ſentio videtur introducta à Iuſtiniano, vel Triboniano, cui amicum, & familiare eſt deſiderare ſpecialem voluntatem, vbi ſufficit quælibet, l. vltim. C. de nobat. nobell. 99. ſanè hæc verba dict. l. 22. ſed hoc ita locum habebit, ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſibi pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat, Triboniani ſunt, non Hermogeniani.*

39 ¶ Y aunque para apoyo de aqueſta cõcluſion baſtaran las dos autoridades referidas, por ſer de tan graues autores, y que tanto conocimiento tuuieron del derecho comun la han ſeguido, y reſuelto lo miſmo antes y deſpues de ellos otros muchos Doctores de los de mayor autoridad dẽ la juriſprudencia, afirmando ſer baſtante la reuocacion general del vltimo teſtamento, para que lo que dẽ

la clausula derogatoria del primero, aũque no se haga mencion della, & præcipuè Bald. in l. humanum, C. de legib. en donde pone en terminos el caso de este pleyto Aret. & Alberic. in dict. l. si quis in principio. num. 7. Ioan. Andr. & Archidiaconus in cap cũ esses, de testament. y refiere muchos fundamẽtos, diziendo, que no errarà el que siguiere aquesta opinion, Dino in cap. quod semel placuit, de regul. iur. à num. 14. & seqq. & cum alijs, Acatio Ripol. variar. dict. cap. 13. de testament. num. 746. ibi: *Respondi secundo testamento esse standum, licet in eo non reperietur, clausula derogatoria præcedentis testamẽti, quia regulariter posterius testamentum equæ perfectum annullat primum.*

40 ¶ Y aqueſto es mas sin duda en el caso presente que en otro alguno, por las palabras tã generales y amplias conque el dicho fray Antonio Truchado irritò y anulò el primero testamẽto, que entonces se tiene por sin duda, que por ellas queda derogada la clausula derogatoria del primer testamento, vt ex Bart. Ruino, Paulo de Castro, & Geminiano, resolvit Mart. de succesione legali, 4. p. quæst. 4. art. 7. à num. 14. & eleganter cum Estepha. Gratiano, Beltramin. Surd. & alijs, Fõtanel. decis. 294. à num. 21. que hablan aun en caso mas dudoso, como es en derogacion de preuilegios, cuya reuocacion se juzga por odiosa, por el derecho que se adquiere por ellos a la persona en cuyo fauor se conceden: y por el contrario tenerse por fauorable el que se sustenga la vltima voluntad, aunque sea con derogacion de otra qualquiera antecedente, por que con ello no se le priua a nadie de derecho alguno que tuuiesse adquirido, porque los testamentos no obran ningũ efecto, hasta que el testador aya muerto natural, ò ciuilmente, vti eleganter considerat Hieronymus Gonçalez in reg. 8. Cancell. glos. 36. à n. 75. vsque ad 79.

41 ¶ Ibi: *Quarta conclusio est, quod difficilior sit interpretanda renocatio priuilegij quam testamẽti, quamuis in testamento adsit clausula derogatoria adsequentis, et*

hæc

458

hæc duplici ratione. Primò, quia reuocatio prælegi est, odiosa, cum sit de illius natura, quod duret, & non reuocetur, regula decet de reg. iur. in 6. cum aliis supra alleg. Geminianus cons. 35. to. n. 2. Reuocatio verò testamenti est fauorabilis, cum sit de ambulatoria voluntate testatoris vsque ad mortem, & nemo possit sibi legem imponere, vt testamentum reuocare non valeat. Y auiendo compruado aquesta conclusion, prosequitur á n. 78.

42 ¶ Ibi. *Altera ratio est, quia per prælegiū concessum est acquisitum illi, cui conceditur ius consideratibile, cap. 1. de Præbend. tit. 6. & diximus supra sub secunda conclusione.* Secus tamen est in testamento, per cuius reuocationem nemini fit per iudicium, ex quo sequitur per rem iudicatam libera mutandi dispositio.

43 ¶ Con que solo falta por satisfazer al texto in *dict. l. 2. 2. tit. 1 part. 6.* por el qual se requiere, que para que el primer testamento con clausula derogatoria sea quedese reuocado por el legūdo, se haga en el salcim generalis mentio verborū prædictæ clausulæ, ibi: *Que reuocara el otro, e que no tuuiesse daño aquel testamento que agora fazia las palabras que dixera en el primero.*

44 ¶ Porque la dicha ley está claramente corregida por la ley 25. del mismo titulo, por la qual de ninguna suerte se requiere, que en el segundo testamento se haga ninguna mencion del primero, aunque fuesse otorgado cō qualesquier firmezas, ibi: *La voluntad del ome es de tal manera, q̄ se muda en muchas maneras. E por ende ningun ome puede hazer testamento tan firme, que no lo pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera, solamente que sea en su memoria quando lo camiare, e que faga otro acabadamente.* Y assi hendo aquesta ley posterior, que dò por ella corregida y alterada la 2. 2. antecedente, quia lex posterior derogat priori, etiam si de ipsa non faciat mentionem, *l. non est nouum, l. ideò, l. sed posteriores, ff. de legib. l. 2. ff. de quadrien. præscript. & l. omnes de præscript. 30. vel 40. ann.*

45 ¶ Y principalmente quando en la vltima se vsa de palabras generales, como lo haze

la dicha ley 25. que dispone, que por fuerte que sea el primero testamento, quede alterado por el segundo, porque entonces es mas sin duda lo susodicho, aunque la ley anterior tenga clausula derogatoria de las posteriores, vt tradunt DD. *in l. humanum, C. de legib.* & præcipuè Bald. *num.* 4. Fulgos. *num.* 4. & Paul. de Castr. *num.* 5.

46 § Y procede lo mismo aunque la causa sea odiosa, ò stricta de su naturaleza, Aymon Crauet. *cons.* 308. *num.* 3. Angel. *in l. fin. C. de constit. Princip.* Tiraquell. *in l. si vnquam, C. de revocand. donat. in princip. num.* 199. vbi alios, & *in lib.* 1. *de retract. §.* 1. *glos.* 14. *num.* 102. Y aunque en el vn caso aya diferente, ò mayor razon que en el otro, *l.* 1. *§. quod autem, ff. de aleat l. de pretio, ff. de publican. l. qui vsumfructum, ff. de verb oblig. l. in fundo, ff. de supellect. legat. cap. si Romanum* 19. *dist.* Farinac. *decis.* 339 *num.* 1. *tom.* 1. *posibum.* Surd. *cons.* 271. *n.* 28.

47 § De que resulta, no solo el que la dicha ley 22. se aya de tener por derogada por la 25. si no assimismo otro muy grande fundamento para el apoyo de la justicia principal desde punto, y que no sea necessario en el vltimo testamento hazerse mencion de la clausula derogatoria de el primero, porque teniendose como se tiene por ley lo que por el testador se dispone en su testamento, vt in *Auth. de nuptys, §. disponat, & in princip. instit. ad leg. falc.* ibi. *Vti quisque legasset ita ius esto, l. verbis legis de verb. sign. l. item prius, §. fin. ff. de vsucap.* De la misma suerte que por la ley posterior queda la anterior revocada, aunque tega clausula derogatoria, como queda fundado, deve proceder lo mismo en los testamentos, quia de dispositione legis ad dispositionem testatoris, & econtra validum est argumentum, *l. non impossibile, ff. de pact. l seruus hac lege, ff. de manumiss.* & cum plurimis Aluarez de Velasco *in locis commun. lit. A. num.* 462. & in terminis resolvunt Bald. & cæteri DD. supra citati, & Din. *in dict. cap. quod semel de regul. iur. in* 6. *num.* 10. ibi: *Præterea ita se habet testamentum*

posterius

posteriora ad priora sicut lex posterior ad priorem: quia voluntas testatoris lex est, vt in Auth. de nupt. §. disponat, sed lex posterior ita se habet, quia tollit priorem, licet sub generalibus verbis concipiatur, sicut si concipiretur specialibus, l. præall. l. 2. de quadrien. præscript. & dicti. l. omnes de præscript. 30. vel 40. ann. Ergo ita tollit vltimum testamentum primum.

48 ¶ Y finalmente quando todo lo que queda considerado no se tenga por bastante, para que por sola la reuocacion general del vltimo testamento se juzgue por reuocado el antecedente con clausula derogatoria, y se tenga por mas cierta la opinion contraria, de que sea necessaria reuocacion especial, a questo solo se deue entender en caso que fueron muchos los testamentos que precedieron a el vltimo con la dicha reuocacion general: pero no quando fue solo vno, porque entonces como la dicha generalidad no se puede entender si no solamente del, es lo mismo que si individua y especialmente se reuocasse, l. fundus qui locatus ff. de fund. instruct. l. quintus, §. 1. vbi Bart. ff. de auro & argent. legat. & in l. qui Romæ, §. duo fratres, q. 6. ad fin. ff. de verbor. obligat. & ibi Iason nu. 2. & 4. Socinus Iunior cons. 136. num. 18. lib. 2. Cravet. cons. 2090. num. 334. lib. 6. Menoch. cons. 71. num. 23. lib. 1. Surdo cons. 179. numer. 24. lib. 2. ibi multos refert.

49 ¶ Et cum alijs quam plurimis, Ludouicus Casanate cons. 34. num. 28. ibi: Quod si verba quantumuis generalia non possint verificari, nisi in vna specie censetur dispositio esse specialis & expressa, & in consilio 57. num. 23. ibi: Quia dispositio generalis, quæ non potest comprehendere nisi vnam speciem in qua solum verificari potest, ad illam solum refertur, quasi specialiter, & indiuiduo expressa fuisset, & cum Stephano Gratian. Peregrin. Dom. Valençuela, & alij Fontanella decis. 194. num. 18. in fin. num. 19. ibi: Et in dicti casu illi verba generalia, & vniuersalia non possunt nisi in certo casu verificari, tunc dispositio habetur pro speciali, ac si pro illo casu particulari, & pro prouisione specialis illius &

non ad aliud facta fuisset. En donde habla en términos de clausula derogatoria puesta en vn priuilegio, derogando todos los posteriores.

50 ¶ Et omnia prædicta comprobant expresse in *l. 2 ff. de liberis & posth. & in l. 3. Taur. 2. part. 6.* por la qual aunque para que el padre pueda exheredar a su hijo, se requiere que lo haga, nombrandole por su nôbre y apellido, ó por otra cierta señal por donde se venga en conocimiento del, vt constat ex verbis dictæ legis, ibi: *Ciertamente nôbrandolo por su nombre, ó por sobrenombre, ò por otra señal cierta, deue el testador desheredar a qualquiera de los que descienden del.* Empero en caso de no tener mas de vn hijo, entonces no es necessario el que haga la dicha mencion especial, vt expresse disponit prædicta lex, ibi: *Pero manera ya en que desheredaria el testador alguno de los que descienden del, nombrandole por su nombre: esto seria como si el testador tuuiesse vn hyo tan solamente, y dixesse: Desheredo mi hijo.*

51 ¶ Y con estos propios terminos siguen aquesta opinion, y la resueluen sin controuersia alguna Bartol. Ial. & Aretin. *in d. l. 2.* & ipse Bartol. *in dict. l. si quis in princip. nu. 9.* & melius *in cons. 21. dib. 1. num. 1 & num. 2.* in fin. vbi sic concludit, ibi: *Sed pone, quod nullum alium testamentũ præcederet, nisi prædictum in quo apparent verba derogatoria, & tunc videtur ipsum designare nominatim, vt l. 2. ff. de liber. & posth. Et sic concluditur, quod prioris voluntatis specialiter pœnitait, & secundum testamentum valet, & primum est sublatum,* & idem Baldus *in Authent. hoc interlibertos, num. 2. de testamentis, & in cap. humanum, n. 5. C. de legib.* Barbatia *in cap. cum esses de testamentis, column. 37.* Angel. *cons. 365. num. 5. & 6.* Socin. *cons. 2. vol. 3.* Guidon. Papa *decis. 69. & cons. 65. & 125. post num. 3. vers. Et hanc vltimam,* vbi ait, quod ita determinant omnes DD. indistinctè, alios refert Tiraquell. *in tractat. de legib. connubialib. glos. 5. num. 129. & num. 150.* in fin. & communem asserit Dom. Peralta *in dict. l. si quis in princip. ff. delegat. 3. num.* [illegible]. Y assi no auiẽdo precedido mas que

222

vn testamento a el que se otorgò en fauor de la dicha Iuliana Garcia, aunque la clausula derogatoria se huuiesse puesto de voluntad de el dicho Fr. Antonio, y fuera necessaria especial mencion de ella para que quedasse reuocada segun los textos, doctrinas y resoluciones referidas, lo estuuiera cõ sola la dicha reuocacion general del vltimo testamento.

PVNTO TERCERO.

52 ¶ Pero quando pueda tener alguna duda lo que queda fundado, y sea necessaria mas especial reuocacion de la dicha clausula, segun las palabras de la segunda disposicion de el dicho Fr. Antonio, no solo la viene a auer especial, si no individua, y singular, vt ex sequentibus fundamentis apparet.

53 ¶ Primum, por auer especial y señaladamente reuocado el testamento en q̃ está puesta la dicha clausula derogatoria, que es el que dexó en la villa de Belmonte en poder de Gaspar de Baños, escriuano publico de ella, como parece de las palabras de la dicha segunda disposicion, donde dize: *Que reuoca, casa, y anula, dá por ningunos todos y qualesquier testamentos que antes auia fecho, y otorgado, y en particular el que auia dexado cerrado en poder de Gaspar de Baños, escriuano publico de la dicha villa de Belmonte*, que es en el en que está la dicha clausula, y assi se ha de tener por expressa, y individualmente reuocado, aunque en el posterior no se haga relacion della, porque aquesta mencion, y demostracion del testamento en que se halla, se tiene no solo por especial, si no por individua reuocacion de el, vt eruditè ex multis iuribus tenet, & resoluit in terminis Iulius Clar. in §. *testamentum, quæst. 99. vers. Sed quæro*, ibi: *Hæc autem opinio, quod scilicet non aliter dicatur fieri specialis mentio primi testamenti, nisi facta mẽtione clausulæ derogatoriæ in eo insertæ, mihi semper visa fuit dura, & contra omnem æquitatem, non enim*

 videõ

videó quà ratione non debet dici facta specialis mentio primi testamenti derogatorij, quando testator in secundo testamento diceret non obstante alio testamento per me condito, in quo instituit talem, vel de quo fuit rogatus, talis que demonstratio saltim respectu testamenti videtur esse non modo specialis, SED ETIAM SINGVLARIS, ET INDIVIDVA, & idem tenet Flub. Patian. de probat. conf. 68. num. 7. ibi: Neque requiritur, quod dicatur VLTIMVLARIE, id est tali die, & manu talis notarij, quia hæc est revocatio, SINGVLARIS, quæ non requiritur, & ad id etiam conducunt omnia, quæ fundauimus supr. à num. 49. & sequentibus ex Casanat. conf. 34. num. 28. & alijs. †

54 ¶ Pero quando la dicha relacion, y mencion del testamento en donde se halla la clausula derogatoria, no se tenga por individual, y singular renouacion della, non est dubium, quod sit certa, & specialis derogatio, que es lo que basta para que el primer testamento se tenga por renouado; quia commemoratio primi testamenti habet vim specialis derogationis, & id operatur, quod clausula derogatoria, sicut id tenent, & defendunt Ioan. Andr. in cap. 1. de conſt. num. 6. in 6. Paul. de Castr. in Auth. hoc inter liber. C. de testam. num. 4. & ibi Anton. Nat. num. 36. Socin. in l. si mihi & tibi, §. in legatis, num. 9 ff. de legat. Alexand. conf. 34. numer. 3. lib. 1. Bened. Capr. conf. 30. num. 9. & in conf. 31. num. 11 & 15. Castr. conf. 468. num. 2. vet. Et tunc esset specialis, lib. 2. Anton. Natt. conf. 639. num. 9. lib. 4. Bald. in l. humanum, num. 5. C. de legib. & in dict. Auth. hoc inter liber. n. 1. & in conf. 280. vol. 4.

55 ¶ Et eleganter Bart. in conf. 21 lib. 1. num. 1. ibi. Item potest quis loqui specialiter: nam testamentorum plures sunt species, quodam enim testamentum est simplex, quodam in quo sunt verba derogatoria: si igitur in secundo testamento facit mentionem de primo in quo erant verba derogatoria specialiter loquitur, ibi specialem mentionem facit.

56 ¶ Burſat. conf. 307. in nu. 128. & 129. lib. 3. ibi: Erat autem facta specialis mentio præcedentis testa-

mones n. 71. relatus

testamenti, & tabellionis, qui de eo rogatus fuerat, vnde erat nullis claris, quod voluerat derogare illi testamento, dicendo non obstante tali testamento, neque opus erat dicere de clausula, dum constabat de mente, & intentum annullabatur testamentum, ac cum ista millo contenta, nec clausule eius in mentione testamenti continebatur, nec ipso clausule.

57 ¶ Simon de Præt. de interpret. vltimar. volunt. lib. 2. dub. 1. num. 73. ibi: Tertio vim specialis verborum derogatoriorum, & clausulæ derogatoriæ mentionis, habet expressio facta in secundo testamento, vel denominatori, qui scripsit primum testamentum, vel nuncupatiui de ipso primo testamento, vel alias eius certas qualitates exprimendo.

58 ¶ Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 165. num. 18. ibi: Et dicitur quidem specialis derogatio quando testator ita dicit non obstante testamento recepto, & scripto manu Sempronij notarij. Et inferius: Et hoc maximè procedit quando testator dixisset: non obstante testamento manu talis notarij conscripto.

59 ¶ Cardin. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 12. tit. 8. num. 11. ibi: Tertio hæc verba etiam habent vim specialis reuocationis, si testator dixerit: non obstante tali testamento manu talis notarij conscripto. Et infra: Ego vero satis puto specialiter reuocari testamentum cum ipsa clausula derogatoria, quando nominatim fecit mentionem de ipso notario, qui illud solum testamentum conscripsit.

60 ¶ Et denique post alios quos omittimus, idem resoluit Dom. Anton. Pichard. in 6. posteriori, Inst. quibus mod. testam. infirm. num. 66. vers. Ex qua obseruatione, ibi: Ita demum secundum primum tollet si in co prioris specialis mentio fiat: fiet autem specialis mentio si in secundo dixerit testator, non obstante tali testamento, quod coram tali tabellione feci, hoc valere volo, que todos son lugares tan individuales, y en terminos para el caso deste pleyto, que parece no necessitan aqueste parte de otro ningun fundamento para obtener en el, y que la dicha clausula se tuviesse por especialmente reuocada: pero demas de aquesto, primero le assi sucedio assimismo los siguientes.

Secun-

61 ¶ Secundum, por auer vsado de la clausula casans, & irritans omnia testamenta, ibi: *Y reuoco, caso, y anulo, y doy por ningunos todos otros, y qualesquiera testamentos, codicilos y mandas que antes de este aya hecho*, quia prædicta clausula habet vim specialis derogationis clausulæ derogatoriæ in anteriori testamento adscripta, prout docet Bartol. in *dict. l. si quis in princip. sub num. 10. vers. Ego dico. ff. de legat. 3.* Socinus *in l. si mihi & tibi, §. in legatis, num. 4. vers. Tertia & vltima est, ff. de legat. 1.* Guillelmus Benedictus *in cap. Raimuntius, in verbo, testamentum, sub num. 22. vers. Idem esset.* Antonius Natta *cons. 639 num. 7.* Marta *de success. legali 4 part. quæst. 4. art. 7. & num. 8. vsque ad 21.* Menoch. *de præsumpt. libr. 4. dict. præsumpt. 166. num. 48.* & bené Patianus *cons. 88. num. 12.* ibi. *Non negotiandum, quod ista clausula casans, & irritans possit ita concipi & formari, vt sufficiat ad renouationem testamentorum habentium clausulas derogatorias.*

62 ¶ Et nõ obstabit, quod prædicta clausula dicatur apposita ex stilo tabellionum, quia omnia quæ inueniuntur scripta, seu enuntiata à tabellione, præsumuntur de voluntate disponentis, vti tenet Alexand. de Neuo *cons. 77. numer. 7.* Cardinal. Tusch. *lit. C. conclus. 700. nu. 32.* Demas que con auer el dicho Fr. Antonio oydo, y entendido la dicha clausula, como es fuerça que lo hiziesse para otorgar su segundo testamento, quedara comprouada aun quando no se huuiera ordenado por el, vt tenet eleganter Corneus *in cons. 86 num. 6. volum. 3.* ibi: *Quia satis est, quod notarius eam apposuerit, & testator eam confirmauit, cum per hanc viam appareat de eius voluntate, maximè, quia iura confidunt de notario, ad hæc quæ habentur in l. iubemus, C. de testamentis.*

63 ¶ Tertium, por auer assimismo dispuesto, y mandado: *Que lo mismo procediesse en otro qualquiera testamẽto que huuiera fecho por palabra, ò por escrito, ò en otra qualquiera manera*, quia hæc clausula habet etiam vim specialis derogationis clausulæ

derò-

derogatoriæ, vt ex Geminiano, & alijs tenet Marta dict. 4. part. quæst. 4. art. 7. num. 15 & 16. ibi: *Satis est si apponatur ista verba, revocando alia testamento prius facta sive nuncupatiue, sive inscriptis, vel quouis modo, quia dicta clausula quouis modo comprehendit omnem modum, & formam sub qua factum fuerit primum testamentum.*

64 ¶ Quartum, por auer dicho y declarado que solo aquesse testamento valiesse, y no otro alguno, ibi: *Saluo esse q̃ yo aora hago y ordeno, el qual quiero, mando, y es mi voluntad que valga por mi testamento, ó por codicilo, ò por escritura publica.* Porque entonces se tiene por reuocado el primero testamento, y qual quiera clausula derogatoria que huuiese en el, aun que no se haga especial mençiõ della, vt ex Baldo, Socino, Parisio, Rimialdo, & alijs tenet Marta, vbi proxime, num. 17. ibi: *Idem si testator dixit & hoc testamentum omnibus alijs prævalere volo, tunc enim nõ est necessaria mentio clausulæ derogatoriæ in primo testamento appositæ*, Menochio dict. præsumpt. 166. nu. 47. ibi: *Octaua coniectura est quando in secundo testamento adiecta est hæc clausula casum & irritum decernens quocũque aliud testamẽtũ à me conditũ, quo nõ obstãte hoc testamẽtũ volo omnino valere, hæc enim clausula idẽ operatur, quod clausula expresse, & specialis derogatoria.* Et idẽ n. 50. ibi. *Nona coniectura est quãdo in secundo testamento apposita est hæc clausula volo istud testamentum penitus valere non obstante alio testamento, quo quomodo, vel quouis modo per me factum.* Y en entrãbos lugares trae muchas autoridades, y muchos fundamentos para apoyo de aquesta conclusion,

65 ¶ Quintum, por auer assimismo dispuesto que el dicho su segundo testamento valiesse en aquella via, y forma que mas huuiesse lugar en derecho, ibi: *Que valga por mi testamento, ò por codicilo, ò por escritura publica, ò por aquella via, y forma que de derecho mas pueda, y deua valer.* Porque aquesta clausula haze que el acto valga, y se tenga por fecho en la forma que de derecho se pudo, y deuió hazer, & si non inueniatur factũ, vt fieri debuerat, vt docent Surdus *cons.* 103. *n.* 13. Gratian. *discep. forens. cap.* 48. *num.* 2. & 692. *num.* 54. & cum alijs optimé Ramo-

nio *consil. 95. num. 137.* ibi: *Clausula omni meliori modo equiparatur clausulæ si non valet quod ego, vt ago valeat eo modo quo valere potest, & operatur ista clausula, vt si dicatur posito secundum verba expressa subsistineri non potest, subsistinea tur secundum ea quæ congruentius exprimi postulasset.*

66 ¶ Et interminis quod operetur speci. l sderogatio primi testamenti cum clausula derogatoria, tenent Socinus *in dict. l. sim. bi, & tibi, § inlegatis, ff. de legat.* 1. Socinus Iunior *in dict. l. si quis, in princip. numer. 25. de legat.* 3. Baldo *consil. 226. numer.* 1. *Volum.* 1. Parisio *in consil.* 10 *num.* 33. *Vol.* 3. Mantica *de coniectur. dict. lib.* 12. *num.* 19. & cum alijs multis, Menoch. *dict. præsumpt.* 166. *num.* 48. vbi ait: *Idem esse quando testator voluit secundum testamentum valere omnimodo & forma quib. melius valere potest.*

67 ¶ Y el sexto, y vltimo de mas de otros que se pudieran traer, por auer afirmado el dicho Fray Antonio Truchado en el dicho su vltimo testamento que su voluntad era el que aquel solo valiesse por su postrimera, y vltima volũtad, ibi. *Porque esta es mi postrimera, y vltima voluntad*, vt tenet Baldus *in l. Gallus, §. idem credendum in secunda lectura, vers. Ex hoc arguo, ff. de liberis, & posthum.* Beroi. *consil. 3. num. 13. lib. 2.* Socino Iunior *consil. 124. numer. 40. 42. & 43. lib.* 1. & cum alijs Menoch. *dict. præsumpt. 166 num. 54.* ibi: *Duodecima coniectura est quando in secundo testamento ita dictum est, & hanc esse voluit suam vltimam voluntatem, hoc enim casu præcedens testamentum habens clausulam derogatoriam specialem sublatum præsumitur.*

68 ¶ Et his minimè obstat, la oposicion que a la vista deste pleyto se hizo, de que por auerse puesto la clausula derogatoria en el primer testamento en odio de las personas que en el segundo se instituyeron por el dicho Fray Antonio Truchado, era necessario q̃ se huuiera hecho indiuidual mencion de la dicha clausula, vt tenet Ant. Fab. *in codic. lib. 6. tit. 5. de testam. diffinit.* 13. quem sequitur Iacob. Cancerio *variar.* 1. *part. cap.* 4. *de testament. num.* 13. & 14.

Quia

69 ¶ Quia hæc oppositio in præsenti casu nullius est momenti, vt ex sequentibus apparet.

70 ¶ Lo vno, porque la difinicion de Antonio Fabro, no se ajusta, ni puede a el caso de este pleyto, porque habla quando el segũdo testamento se otorgó en la mesma casa de la persona, en cuyo odio el testador auia puesto la clausula derogatoria, y que los testigos del testamento auian sido los que le auian instado, y persuadido a que le instituyesse, lo qual es muy distinto de lo que en aqueste caso passò, en donde ni la clausula se puso en odio de los instituydos en el segundo testamento, ni el otorgamiento del fue en su casa, sino en la ciudad de Osiguela, que està mas de cincuenta leguas de la villa de Belmonte estando dentro de su Convento donde no se le podia hazer ninguna sugestion para que le otorgasse, con que viene a ser muy distinto aqueste caso que el de la dicha difinicion, y assi no se puede regular por los motiuos de ella, ex *l. si ex plagij 53. § incipleo. ff. ad l. Aquiliam* Barbosa *in l. Titia 53. num. 24. & 25. ff. solut. matrimon.* Dom. D. Iuan de Larrea *allegat. 118. num. 14.*

71 ¶ Tùm, porque quando aqueste caso fuera el mismo que el dela dicha difinicion (que de ninguna suerte tienen similitud en nada) y fuè necessaria mencion individual de la dicha clausula (que tampoco se requiere por ella, vt statim dicemus) como queda fundado por la doctrina de Iulio Claro, Paciano, y otros la ay en el segundo testamento, & præter eos eleganter aduertit Moneta *de commut. vltim. volunt. cap. 7. nu. 184. col. 543 ad medijs*, ibi: *Quinimò licet clausula illa singularissen individua, non obstante tali testamento, si deroget.*

72 ¶ Tùm, porque si bien se considere la dicha difinicion, por ella no se resoluiò que fuesse necessaria individual mencion de la clausula derogatoria, ni el pleyto que en ella le refiere fue sobre aqueste punto, si no solo parece auerse disputado aquesta question entre los Iuezes, como se reconoce de las vltimas palabras de la difinició, ibi: *Ita tra-*

Etatum

Et ita est in ea de causa, y no q̃ se huviesse assi determinado, como lo dize en las que huvo decision, vbi concludit, *ita Senatus*, como lo haze *en la difinicion nona*, en donde se determinó el que bastaua solà la especial, ibi: *Ita Senatus in causa quadagrani 14. Kal. Augus. 593.* y de las difinicions siguiétes hasta la 13. consta que fueron solo de dudas, que se mouieron para el caso *de la nona*.

73 ¶ Y lo mismo procede en el lugar de Cancerio, porque el fundamẽto q̃ tuvo para que se requiriesse individual mençiõ, fue la dicha difinicion 13. de Antonio Fabro, por la qual no se requiere, como queda referido, y assi la resolucion de Cancerio se ha de entender conforme a la dicha difinicion, quia Doctor semper est intelligendus, conforme a lo que dizen los que por su opinió alega, ex text. in *l. non solum liberationis. ff. de liber. at. legat.* Surdo *decis.* 59. *nu.* 7. Capicio Galeot. *lib.* 2. *contro.* 37. *num.* 5. Ciriac. *lib.* 2. *contro.* 283. *num.* 19.

74 ¶ Tùm, porque Cancerio habla en caso que constasse por conjecturas de que el vltimo testamento se huuiesse otorgado por sugestion, y contra la voluntad de el que le hizo, lo qual no se puede ajustar a el caso presente, pues demas de la prouança concluyente que ay en esta instancia de reuista de la voluntad de el dicho Fray Antonio, consta assimismo por su vltima declaracion, cuius voluntatis nullus potest esse melios glosator, seu interpres, Ioann. Garcia *de nobilitat. in init. numer.* 6. *ad medium*.

75 ¶ Tùm, porque tampoco, como queda dicho se hizo el dicho testamento en casa de las personas que instituyò en el, que fue la conjectura que mas mouió a Cancerio para su resolucion, sino en la ciudad de Origüela en su Conuento. que esto solo bastara para excluyr qualquiera conjectura contraria de defecto de volũtad, ó sugestion, vt in terminis notat Cravet. *consi.* 25 *num.* 12. Ioseph. Ludonic. *in decis. Perusina* 2. *num.* 37.

76 ¶ Tùm denique, porque quando estuuiesse-

tuuiessemos en el caso que refiere Cancerio, y para la reuocacion del primero testamento fuesse necessaria causa, vt ille ait vbi supr. nu. 15. en aquesto la huuo muy grande, pues como consta de la vltima declaracion del dicho Fr. Antonio, le mouiò a reuocar su primero testamento el hallarse agradecido de lo bien que con el lo auian hecho sus primos, y que otra ninguna persona se auia acordado del, vt infra fundauimus.

PVNTO QVARTO.

76 ¶ Aunque con lo que queda fundado en los puntos antecedentes, parece que lo queda bastantemente la justicia desta parte; adhuc para su mayor euidencia se manifestarà, que no solo por los medios de derecho, si no que por voluntad expressa del dicho Fr. Antonio quedò, y està reuocada la clausula derogatoria de su primer testamento, con que su segunda disposicion quedarà sin ninguna duda; porque siempre que consta que el testador tuuo voluntad de reuocar su primer testamento, aunque en el aya qualquiera clausula derogatoria, no es necessario el que se haga especial, ni particular mencion della, vt communiter tenent DD. & præcipuè Bart. *in dict. l. si quis in princip.* & Bald. *in l. sancimus, C. de testam.* Alex. *cons.* 134. *n.* 4. *tit.* 1. Rota apud Farin. *decis.* 721. *num.* 8. *part.* 4. Gonçalez *in reg.* 8. *Cancell. glos.* 38. *num.* 18. Cauall. *comm. q.* 201. *n.* 4. & absque controuersia generaliter omnes.

77 ¶ Y para la comprouacion de aquesta voluntad no es necessario genero alguno de prouança particular, ni se requiere que por el testador se vse de alguna formula de palabras particulares, porque tan solamente son bastantes qualesquiera circunstancias, indicios, ò presunciones por donde se venga en conocimiento della, quia in vltimis voluntatibus, præsumptiones, & coniecturæ habentur pro plenis, & claris probationibus, & pro voluntate expressa, vt copiosè tenet D. D. Ioan. del Cas-

Castill. *lib.* 3 *controuers. cap.* 17. *num.* 48.

78 ¶ Et in terminis præter ordinarios resolvunt Mantica *de coniect. Stephan. Gratian. disc. forens. cap.* 48. *nu* 8. *lib.* 12. *tit.* 8. *nu.* 12. D. Sarmient. *select. lib.* 3 *cap.* 1. *n.* 14. *n.* 7. *& seqq.* D. Greg. Lopez *in l.* 22. *tit.* 1. *part.* 6. D. Couarr. *in* 2 *part. rub. num.* 19 ibi: *Primum testamentum habens quicunque verba derogatoria, etiam admodum specialia, per secundum tollitur, nulla prioris voluntatis, nec speciali, neque generali mentione facta, modo constet ex coniecturis testantem prioris voluntatis pœnituisse.*

79 ¶ Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 166. *nu.* 34. ibi: *Declaratur tertio hic casus, vt locum non habeat, quando constat alio modo testatorem voluisse mutare testamentum, atque ita præcedentis pœnituisse, sicuti quando constat coniecturis, & præsumptionibus voluisse secundum testamentum valere.*

80 ¶ Bursatus *lib.* 3. *concl.* 307. *num.* 3. ibi: *Secundo quando constat de mente, & voluntate testatoris, quod illud valere voluit, omnino valere dicendum est, etiã si præcesserit aliud testamẽtum cum clausulis derogatorij, satisque est in proposito, nedum de tali voluntate clarè constare, verum & per coniecturas, quia lex semper pedetentim sequitur voluntatem testatoris, sicut venator leporem.*

81 ¶ Eleganter Rota apud Farinac. *dict. decis.* 271. *num.* 4. ibi: *Addebam præterea, quod à lege certa verborum formula non fuerit præscripta in tollendo derogatoria voluntatis in actu sequenti, quinimó sufficiunt qualitates, circunstantiæ, & indicia, ex quibus de pœnitentia prioris voluntatis constare possit.*

82 ¶ Et eruditè admodum Ant. Fabr. *in C. lib.* 6. *tit.* 5. *diffinit.* 14. ibi: *Nullius momenti ex clausula derogatoria si probetur testator in posteriori testamento mutasse voluntatem, aut multo magis si eius mutandæ causa superuenerit, siue ex verbis in secundo testamento appositis, siue per testes, aut ex aliqua alia scriptura probetur mutatio voluntatis.*

83 ¶ De que resulta tener aquesta parte plenissimamente comprouada la voluntad que tuuo el dicho Fr. Antonio de reuocar su primer testa-

mento,

mento, porque no solo le assisten para ello las conjecturas, indicios y presunciones, calidades, y circunstancias que resultan de las palabras de la segũda disposicion, que por si solas bastauan para que la clausula derogatoria se tuuiesse por especialmẽte derogada, vt in puncto antecedẽti fundauimus, si no todos los requisitos que junta Ant. Fabro en la difinicion antecedente, como son: *Quando superuenit mutandi causa, aut quando ex verbis in secundo testamento appositis, siue per testes, aut ex aliqua alia scriptura probetur mutatio voluntatis.* porque todos aquestos se ajustan a el caso deste pleyto, vt ex sequentibus apparet.

84 ¶ El primero, ibi: *Quando superuenit causa mutandi*, porque como dizé el dicho Fr. Antonio en su vltima declaracion, la causa que le mouió a reuocar el primer testamento, fue el que para su professíon ningun deudo le socorrió, si no fueron sus tios, y assi tuuo justa causa de hazerlo, porque el dessamparatle Pablo Pinar, y sus hijos, despues de auerle hecho que con tanta cautela les dexasse sus bienes, fue mucha ingratitud, y causa muy bastante, no solo para reuocar su testamẽto, sino qualquier donaciõ inter viuos, vt in *l. his solis, l. donationes, & l. generaliter. ff. de reuocand. donat.* Et in casu optimè animaduertit Ant. Fabro vbi proximè, ibi: *Ponit testatorem, cum posterius testamentum distaret, pallam declarasse, quod pœniteret se prioris testamenti, eamq; pœnitentiæ suæ, rationem expressisse, quod in eo scriptus hæres abilio tempore minus se obseruantem, & officiosum erga testatorem præbuisset; sine dubio posteriori testamento scriptus præferetur.*

85 ¶ El segundo, porque como consta de la clausula en que instituyò a estas partes en su segundo testamento, no vna, si no diferentes vezes repite ser su vltima y postrimera voluntad el que solo aquel testamento valiesse, reuocando todos los antetiores, y en particular el que dexaua en la villa de Belmonte en poder de Gaspar de Baños, escriuano, con que no se puede dar caso mas ajusta-

do

do a las palabras de la dicha difinicion, ibi: *Siue ex verius in secundo testamento appositis.* Y se manifiesta mas la voluntad del dicho Fr. Antonio, de que no se contentasse con dezirlo vna vez, si no que lo repitió vna y otra, para que con ello no pudiesse quedar ninguna duda, argum. text. *in l. Balista, ff. ad Trebell. l. 1. 9. intelligitur. ff. de ædilitio edict.* ibi: *Puto ædiles tollendæ dubitationis gratia hoc idem dixisse, ne qua dubitatio superesset, l. vnic. C. de emendat. l. Iustin. vers. Supradictis*, ibi: *Nemini venia in dubio, quod repetita lectio probabit.*

86 ¶ El tercero, porque tambien concurren las deposiciones de muchos testigos, assi ante el inferior, como en esta instancia, y en otra informeccion que despues de auerse visto aqueste pleyto se ha presentado, donde juran Religiosos, y personas mayores de toda excepcion la voluntad que el dicho Fr. Antonio tuuo siempre de instituyr a estas partes, y de como en diferentes ocasiones declaró auer sido aquesta su intencion, y que de su instancia se hizo la vltima declaracion, buscando el mismo el escriuano, ò Notario de el santo Oficio ante quien se hizo, con que se ajusta el tercer requisito de la difinicion de Antonio Fabro, ibi: *Siue per testes*, y se comprueua claramente la voluntad que el susodicho tuuo de ser tantos los testigos que deponen dello, bastandos solos dos para la declaracion de la voluntad del acto que está hecho, aunque para poderlo formar de nueuo se requiriessen siete, vt ex glos. *in l. hæres palam, 9. si quid potest*, vbi Bart. *num. 4.* & Castrens. *num. 13. ff. de testament.* Bald. *in l. quamuis, num. 1.* & Salicet. *nu. 4. C. de impuberum*, Mascard. *concl. 1352. num. 51.* Mantic. *de coniect. lib. 12. tit. 16. n. 2.* optimé Petr. Surd. *cons. 129. num. 29.* & melius *in cons. 356. n. 9.*

87 ¶ Ibi: *Communis autem est omnium Doctorum conclusio, quod vbi agimus de inducenda noua voluntate, seu noua dispositione: tunc septem omnino testes requirantur, quamuis duo sufficiant, vbi tractatur de ea declaranda, quæ iam est inducta.* Et *num. 12.* ibi: *Verumtamen*

con-

contrariam amplector sententiam, quod satis sit, protestationem prædictam coram duobus testibus esse factam.

88 ¶ Y el quarto y vltimo, ibi: *Aut ex qua alia scriptura probetur mutatio voluntatis.* El qual tambien se ajusta al caso deste pleyto, porque demas del testamento en que el dicho Fr. Antonio declarò su voluntad, y la vltima declaracion, con que quedò totalmente calificada, por no auer alguna mejor interpretacion de la voluntad del testador, que la que se haze por el, Ioan. Garcia *de nobilit. in init. num. 5.* ibi *Et non est melior glossa, quam ipsamet testatoris. Et in num. 6. ad medium*, ibi: *Et nulla magis propria est interpretatio, quam ipsius testatoris*, & cum alijs erudité Mant. *de coniect. vlc. vol. lib. 3. tit. 1. à num. 1. & seq.* En esta declara el testador, que su voluntad fue de que su vltimo testamento fuesse el valido. Ergò ab ea recedendum non est, vt eleganter docet Bald *in Auth. nisi rogatus, C. ad Trebell.* ibi. *Nam vbi testator se ipsum glossat, non recurritur ad glossam legis,* & vt inquit Mantic. *de coniect. libr. 3. tit. 2. num. 9. Voluntas dubia redditur certa per declarationem ipsius testatoris, l. hæredes palam, §. 1. de testam.*

89 ¶ Y para su comprouacion basta la deposicion de dos testigos, vt supra fundauimus, & præter eos tenent Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 36. num. 16.* Cancer. *var. resol. tom. 3. cap. 20. num. 410.* & Mant. vbi proximè *num. 12.* Y en el presente caso, no solo ay dos, sino muchos, vt iam diximus. Y bastaua que constasse della por qualquiera escritura particular del testador, vt cũ multis tenet Mant. *dict. lib. 3. tit. 1. num. 7.* Y en este caso consta, no solo por escritura priuada, si no solemne, porque el testador hizo su declaracion ante escriuano, y tres testigos, solemnidades que bastaran a justificar qualquiera testamento, *ex l. 3. Taur.* y lo mismo procede en la comprouacion q̃ despues se hizo della.

90 ¶ Et nihil obstit, el que fuesse ya professo quando hizo la dicha declaracion el dicho Fr. Antonio: *Quia quamuis ex professione fuisset factus*

inteſtabilis, & incapax ad diſponendum tãquam vere mortuus, l. Deo nobis, & Auth. ingreſſi, C. de Epiſcop. & Cleric. cap. placuit 16. quæſt. 1. attamen no quedo impedido de poder declarar el teſtamento que hizo antes de la profeſsion, quia declarans nihil diſponit, neque facit de nouo, *l. hæredes palam, §. ſi quid poſt, ff. de teſt. l. adeò, §. videtur, ff. de adquir. rer. dom.* Antoni. Var. reſol. *lib. 1. reſol. 3. num. 1.* Rota apud Farin. *deciſ. 454 in recentior.* neque ex declaratione ſequitur nouum ius, neque aliquid datur de nouo, ſed ſolum datum oſtenditur, *dict. l. hæredes pallam, §. ſi quid poſt*, ibi: *Puto poſſe, nihil enim nunc dat, ſed datum ſignificat.* Y aſsi aunque no pudo diſponer, pudo declarar ſu voluntad, quia declaratio nunquam intelligitur prohibita, vt cum multis tenet Fontan. *deciſ. 89. num. 9 ad medium*, ibi: *Teſtamenti enim reuocatio ad principale m diſpoſitionem pertinet, declaratiõe porrõ nequaquam impedit, quæ prohibita nunquam creditur.* Et in propijs terminis doctiſsimè probat, & tenet P. Thom. Sanch. *de Religioſ. ſtatu, l. 7. cap. 11. num. 16.* ibi: *Sed exiſtimo integrum eſſe profeſſo, hanc interpretationem dubie, & obſcure ſuæ voluntatis in teſtamẽto non ſatis explicate facere.*

91 ¶ Et denique hæc declaratio tiene las condiciones, quæ ad hoc, vt ſit, & dicatur declaratio deſiderantur, porque como della conſta, ſe ajuſta a las palabras de la diſpoſicion, que es la condicion que principalmente ſe requiere en la declaracion, vt probat text. *in cap. 1. de teſt. in 6.* ibi: *Dummodo eorum verbis conueniat*, & optimè D. D. Ioann. del Caſtill. *lib. 3. cap. 10. num. 27.* donde poniendo los requiſitos que ha de tener la declaracion, ait: *Item vt verbis diſpoſitionis eiuſdem, & ſubiectæ materiæ propriæ, atque omnino conueniat.*

92 ¶ Ex quo infertur no ſer declaracio la que por la parte contraria ſe preſenta, porque en ella el teſtador, ni ſe ajuſta con ſu diſpoſicion, ni la declara, ſino la niega (lo qual hizo por temor de la parte contraria, como lo depone en ſu vltima declaracion) y aſsi es expreſſa alteracion y re-

uoca-

uocacion de la disposicion, y no puede tener subsistencia alguna: quia per declarationem non potest alterari, neque corripi anterior dispositio, vt eleganter ex plurimis resoluit Dom. Castill. vbi proxime, *num.* 30. in fin. neque illius effectum, aut naturam mutare, Roland. á Valle *cons.* 15. *num.* 27. *vol.* 3. Decian. *cons.* 8. *num.* 21. *lib.* 1. Menoch. *consil.* 331. *num.* 100. Y de lo contrario se siguiera que no fuera declaracion, si no nueua disposicion, quæ per declarationem non potest fieri, Socin. *cons.* 49. *num.* 5. *vol.* 1. & cum alijs August. Barbos. *in axiom. vtriusque iuris* 66. *à num.* 2. *&* 3. & per eam tolleretur alteri ius quæsitum, quod minimè potest, Burg. de Paz *cons.* 25. *num.* 6. Menoch. *cons.* 317. *num.* 12. *&* 331. *num.* 100. Mieres *de maiorat.* 1. *part. quæst.* 44. *num.* 4. *&* 11. & eruditè Dom. Castill. vbi supr. *num.* 29. donde prueba no ser declaracion la que no se dirige a explicar alguna duda de la disposicion, ni se conforma con ella, idque etiam tenet, & probat P. Sanchez vbi supr. *num.* 18. y assi la presentada por la parte contraria, por no ser declaracion, si no alteracion, no es instrumento que prejudica a la justicia desta parte.

93 ¶ Y menos le prejudica la carta de q̃ la parte contraria se vale, pues quando fuesse de el dicho Fr. Antonio, está totalmente opuesta a la declaracion de que la dicha parte contraria se vale, porque en esta niega, y en aquella confiessa la disposicion, y a instrumentos opuestos secundũ substantiam (como lo son estos) no se les deue dar fee, vt eruditè resoluit Faber *in C. lib.* 4 *titul.* 16. *def.* 3. ibi: *Si ab eadem parte plures scripturæ proferantur; quæ nulla interpretatione conciliari inter se commodè possint, vtraque reijcienda est,* & idem tenet in diffin. sequenti, & cum multis resoluit Pareja *de instrument. edit. tit.* 17. *resol.* 5. *num.* 74. Y quando no fueran instrumentos opuestos, secundum substantiam, como lo son el auer reconocido la dicha carta en casa de la parte contraria, y en la misma ocasion en que hizo la declaracion, como de sus fechas consta, bastara

tara para que no se les deuiera dar credito, porque el dicho Fr. Antonio dize en su vltima declaracio, que la de que la parte contraria se vale, la hizo en su casa, y por temor de sus tios, que son la parte cõtraria, y sus hijos. Luego el reconocimiento de la carta hecho en la mesma ocasion, y ante el mesmo escriuano, se deue presumir que le hizo por el mesmo temor, y quando no existieran estas circunstãcias, bastara para que se excluyessen estos instrumentos el auerse hecho en casa de la parte interessada, vt ait Faber *in C. lib. 6. tit. 5. diffin. 13. ad medũ*, ibi: *Præsertim habita etiam, vt plerumque habenda est, ratione loci, in quo testamentum conditum proponebatur.* Et *in num. 8.* ibi: *Multum siquidem interes, quid, quo tempore, & quo loco fiat, in eoque potissimum æstimando boni iudicis officium, & prudentia versatur.*

94 ¶ Y de menos consideracion es la revalidacion, porque como consta de la dicha declaracion del dicho Fr. Antonio el auerla hecho, no fue de su voluntad, sino a persuacion de su Guardian, y por temor de perder el estado que tenia, porque le auian faltado los votos necessarios para la profession, y siendo necessario el voto de el Prouincial, escriuiò el dicho Guardian para que se le diesse, y assi para hazer su vltimo testamento, dize que se guardó de su Guardian, y de Fr. Christoual de Olueres, como todo consta de la vltima declaracion, & timor amissionis status, est timor cadens in virum constantem, bastante para anular qualquiera contrato, ò testamẽto, vt prob. ex tex. *in l. isti quidem, ff. de eo quod metus causa*, & ex D. Thoma & alijs bene fundat Sanch. *de matrim. lib. 4. disp. 5 num. 10.* & idem probatur ex laté congestis à Farinac. *in fracment. 2. p. lit. M. à n. 90.* & *seqq.*

95 ¶ Ni que en el primero testamento aya legado pio, puede ser de perjuyzio, porque la causa pia no tiene preuilegio alguno en perjuizio de tercero, ni es bastante para que el testamento posterior solemne dexe de obrar los efectos de derecho, Domin. Præses Valençuela *tom. 1. cons. 18.*

num.

num. 40. Faber *in C. lib.* 1. *tit.* 2. *diff.* 31. ibi: *Sed si posterius testamentum solemne sit, non idem obseruanitur; reuocantur enim illo casu omnia quecunque priori testamento relicta sunt, licet ad pias causas.*

96 ¶ Et ad secundam declarationem, q̃ a pedimento de la parte contraria hizo Christoual Garcia en la villa de Belmonte, de que se ha presentado vn traslado despues de la vista de este pleyto, para prouar que la declaracion hecha en fauor desta parte, la hizo el dicho F. Antonio a persuacion de Antonio Garcia de la Vega su tio. Se responde. Lo vno, que está conuencida de incierta con la deposicion de muchos testigos. Lo otro, q̃ siendo hecha por vn tercero, y sin citacion de parte, no es instrumento de que se deue hazer caso, *l. nam ita* 39. *ff. de adopt. l. de vnoquoque* 42. *ff. de re iudic.* Faber *in C. lib* 4 *tit.* 16. *diff.* 16. *num.* 8. *in all.* ibi: *Ad omnem enim actum citandæ est pars, quæ ex eo actu lædi posset.* Y quando se huuiera hecho citando a esta parte, por coincidir con la primera declaracion, y con la carta, es de ningun valor y fuerça, vt supra fundauimus.

97 ¶ Tùm denique, es de menos consideracion lo que se opone, de que el auer otorgado el segundo testamento el dicho Fr. Antonio, fue por miedo del dicho su tio, y por auerle hecho muchas persuasiones al tiempo que se fue a hallar a su profession, porque dello no ay ninguna prouança, y se deuia prouar, vt cum Menoch. Mascard. & alijs, tenet D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 150. porque no basta la presuncion, D. Castill. vbi proximè *num.* 153. ni menos el alegarlo, ad ea quæ congerit Fazinat. *in fracment.* 2. *part. lit. M. num.* 167. Surd. *cons.* 429. *n.* 47. Cabrer. *de metu, lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 2.

98 ¶ Y no es de presumir, ni aun de alegarse en tan gran Tribunal, que estando el dicho Fr. Antonio en su Religion en lo retirado y escõdido de su nouiciado, debaxo de el amparo de su Maestro y Prelado, se le pudiesse imponer miedo, ni obligalle a que por fuerça reuocasse el dicho

testamento, quando solà la assistencia de el superior es bastante para excluyr qualquiera presuncion que pudiera auer de lo contrario, vt ait Batt. *in l frater à fratre, vers. Quæro quid de contractu emptionis. ff. de condit. indeb.* Angel. *cons.* 142. *in fin.* Immol. *in glos. 1. §. fuit quæsitum, ff. ad Trebell. vel ad minus, requiritur fortior, & efficatior probatio, vbi dicitur illatus, glos. in l interpositas, & in l fin. ff. quod metus causa*, Afflict. *decis.* 103. *num.* 5. Y en el presente caso no ay prueua alguna, ó que el superior fuesse afecto à la persona que se presume auer impuesto el miedo, vt tenent Iason, Decius, Socin. & alij quos refert Afflict. vbi proximè.

99 ¶ Y en el caso presente no solo no se puede ajustar nada de lo susodicho, si no que antes consta euidentemente que el superior y Guardian del dicho Fr. Antonio és quien mas le persuadia, y obligaua a que dispusiesse en fauor de la parte cõtraria, como el mismo Fr. Antonio lo dize por su vltima declaracion, y que fue necessario el recatarse del para hazer su vltimo testamento.

100 ¶ Pero aun dado caso que constasse que el dicho Antonio Garcia pidiesse al dicho Fr. Antonio que dispusiesse en su fauor, no por ello se pudiera anular el dicho testamẽto, porque a qualquiera le es licito el inclinar, y mouer a otro, rogãdole, blando sermone, à que lo haga, vt probatur ex text. in *l. fin. ff. si quis aliquem testari prohib. l.* 27. *tit.* 1 *part.* 6. *vers. E por ende mandamos, iuncto vers. Empero si fuerça nin premio ninguno no le bizieste: mas rogandole por buenas palabras lo aduxesse*, & concludunt DD. *in dict. l fin.* Alvar. *de coniect. ment. defuncti, lib.* 2 *cap.* 3. *num.* 39. Menoch. *de arbitr. libr.* 2. *casu* 395. Burg. de Paz *cons.* 7. *num.* 14. Mieres *de maior.* 1 *part. quæst.* 25. *num.* 1. Gutirrez *de tutell.* 2. *part. cap.* 14. *num.* 6. & cum multis alijs Dom. Castill. *lib.* 3. *c.* 1. *n.* 176. & 177.

101 ¶ Estos ruegos no pudieron ser persuaciones continuas, porque como el testador dize en su vltima declaracion, el mesmo dia que le

gò

gò a Origuela su tio, se boluiò a Murcia, & vt tradit Sanchez *dict. lib. 4 disp. 7. num. 7. non quæ cunque preces assiduas importunas dici, sed quæ sunt instantissimæ, & sepius repetitæ*: para lo qual no huuo tiempo, y lo que en esta ocasion le regó, fue repartiesse su hazienda entre las dos hijas de la parte contraria, y esta parte y otra sobrina suya, como lo declara el testador. Y despues dize, que su testamẽto le otorgó en fauor desta parte, agradecido de lo bien que con el lo auian hecho sus tios, y viendo que otros ningunos no se auiã acordado del, & vt ait Mantic. *de coniect. lib. 3. tit 1. num. 9. multo magis admittenda est declaratio testatoris ad probandum innocentiam eius, cui tale crimen objicitur, quod coegerit ipsum testatorem.*

102 ¶ Et idem procedit, & si alium antea instituisset, quia in dolo non dicitur esse, qui suam vtilitatem, & commodum quærit, etiam dato, quod in consequentiam alteri damnum sequatur, vt probatur ex dict. *l fin ff. si quis aliquem testari prohib. & l. pupillus, ff. quæ in fraudem creditor. glos. in l. vltim. C. si quis aliq. testar prohib.* Peralta *in l. si quis in princ. num. 92. vers. 3. ff. delegat. 3.* Borg. de Paz, & Mier. vbi proximè, & Dom. Castill. *dict. cap. 1. nu. 186. 187. & sequent.*

103 ¶ Neque etiam ex metu reuerentiali quidquam induci potest, porque este temor solum datur in eo, qui iure aliquo subiectionis alteri subest: vt filius erga patrem, & vxor erga virum *l. penult. ff. de furtis, l. 1. §. quæ onerandæ, ff. quarum rerũ actio non detur*, Cabrer, *de metu, lib. 1 cap 8. numer. 6.* & ex multis fundat d. Thom. Sanchez vbi proximé, n. 25. y en el dicho Fr. Antonio no auia, ni podia auer semejante sugecion al dicho su tio, ni en ningun tiempo lo auia estado.

104 ¶ Y aun que algunos DD. quieren tambien considerar el dicho miedo en el tio, hermano de padre, ò madre, es en caso que le touiesse en su casa, y gouernasse, Sanch. vbi supr. n. 34 D. Castill. n. 137 lo qual no se ajusta a nuestro caso, por no ser tio, hermano de padre, ó madre, el dicho

Antonio

Antonio Garcia, ni auerle educado, ni tenido en su casa, como lo hizo la parte cõtraria siendo su tutor, ó curador, con que con mayor razon se puede todo lo susodicho induzir contra el primer testamento, declaracion, y demas actos que hizo en fauor del: quia talis metus datur in tutore, & curatore, vt ex multis resoluit Thom. Sanchez *dict. disp. 6. num. 28.* ibi: *Idem dicendum est de curatoris timore, quia loco parentis habetur.* Con que parece que ninguna de las dichas excepciones le puede perjudicar a esta parte, y que sin embargo dellas se deue determinar en su fauor, como se espera. Salva in omnibus D.V.D.C.

L. D. Diego Maldonado de Leon.